

UNA CONCEPCIÓN ALTERNATIVA DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMUNITARIO: DE LAS EXCEPCIONES IDIOSINCRÁTICAS A LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL COLECTIVA

Agustín José MENÉNDEZ MENÉNDEZ*

Resumen

En el discurso jurídico-dogmático comunitario la «identidad constitucional» ha terminado por considerarse un principio «de nuevo cuño» (fruto de una decisión política formalizada en el Tratado de Maastricht), protector de la identidad constitucional individual e idiosincrática de todos y cada uno de los Estados Miembros, y cuyo específico contenido sustantivo está llamado a ser definido por el Tribunal de Justicia (quizá en «diálogo» con los Tribunales Constitucionales nacionales). En este trabajo se propone una concepción alternativa de identidad constitucional, concepción que parte de la relación estructural entre el peculiar constitucionalismo de la Unión y el principio de protección y respeto de la identidad constitucional, y que a la luz de ello defiende una concepción polivalente y transnacional de identidad constitucional. Tal concepción alternativa podría desempeñar una función clave en la «reapertura» política del derecho constitucional supranacional al ofrecer fundamento constitucional a la resistencia constitucional colectiva frente al derecho constitucional supranacional que socave las bases del Estado Social y Democrático de Derecho

Abstract

The standard conception of «constitutional identity» in the Community legal-dogmatic discourse has come to portray the latter as a creature of the Maastricht Treaty, which shelters the individual and idiosyncratic constitutional identity of each Member State, and which is bound to be fleshed out and shaped in the case law of the European Court of Justice (eventually in «dialogue» with national constitutional courts). In this paper I put forward an alternative conception on the basis of the close and structural relationship between the peculiar constitutionalism of the European Union (synthetic constitutionalism) and consti-

* En la muy engorrosa (y absurda a la par que infeliz) terminología al uso, Profesor Contratado Doctor Permanente I3, Departamento de Derecho Público, Área de Filosofía del Derecho, Universidad de León, altierospinelli@gmail.com

tutional identity. On such a basis, I argue for a manifold and transnational understanding of constitutional identity, to be concretised by representative political institutions, not judges. Such an alternative conception is further claimed to be capable of supporting a political «re-opening» of supranational constitutional law.

Palabras clave

Identidad Constitucional, Constitucionalismo Sintético, Conflictos Constitucionales, Resistencia Constitucional, Control de Constitucionalidad Europea

Key words

Constitutional Identity, Synthetic Constitutionalism, Constitutional Conflicts, Constitutional Resistance, European Constitutional Review

SUMARIO: I. La Concepción Dominante de Identidad Constitucional; 1. Los tres rasgos fundamentales de la identidad constitucional en la concepción dominante; a) La Identidad Constitucional, un principio «nuevo», «insertado» en el derecho comunitario en virtud de lo establecido en el Tratado de Maastricht; b) La Identidad Constitucional como principio de protección de una identidad nacional, individual e idiosincrática; c) Una categoría esencialmente jurisprudencial; 2. Crítica; a) El carácter novedoso del principio de respeto de la identidad constitucional; b) ¿Identidad Individual, Idiosincrática y Negativa?; c) Un concepto llamado a ser desarrollado por los tribunales; II. Una Concepción Alternativa de Identidad Constitucional; 1. Un principio fundacional del derecho comunitario; 2. Un principio polivalente; a) Relación entre identidad nacional e identidad supranacional; b) Polivalencia de funciones; 3. Un concepto intrínsecamente político; III. De la identidad constitucional alternativa a la resistencia constitucional.

§1. En este trabajo se propone articular una concepción de «identidad constitucional» alternativa a la dominante en el análisis jurídico-dogmático del derecho comunitario. (1) Frente a la caracterización (primera sección) (2) de la identidad constitucional como (a) una categoría de nuevo cuño («creada» por el Tratado de Maastricht), (b) que «protege» las peculiares (sino idiosincráticas) caracte-

(1) Empleo de forma intencionadamente nostálgica el término derecho comunitario para referirme al derecho de la Unión Europea.

(2) Véanse, por ejemplo, KUMM, M., «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, vol. 11, 2005, pp. 262-307; BESSELINK, L., «National and Constitutional Identity before and after the Lisbon Treaty», *Utrecht Law Review*, vol. 6, 2010, pp. 36-49; VAN DER SCHYFF, G., «The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU», *European Law Review*, vol. 37, 2012, pp. 563-583; WEATHERHILL, S., «Free movement of goods», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, 2012, pp. 541-550, especialmente pp. 545 y ss.

rísticas de cada constitución nacional de los Estados Miembros y que (c) es elaborada por los tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al resolver conflictos constitucionales entre el derecho constitucional supranacional y cada uno de los nacionales, propondré en la segunda sección del trabajo una concepción bien distinta, de acuerdo con la cual la identidad constitucional es (a) un principio estructural del derecho europeo desde la creación de las Comunidades Europeas, (b) parte del derecho constitucional común, y por tanto al mismo tiempo supranacional y nacional, y que desempeña varias funciones y (c) que ha de ser desarrollado y precisado por las instituciones representativas democráticas, no sólo (y no principalmente) por los tribunales. A ello añadiré en la sección tercera que tal concepción no sólo da cuenta del origen, fundamento y funciones que está llamada a desempeñar la identidad constitucional, sino que sustenta la pretensión de legitimidad democrática del derecho comunitario; en particular, permite fundamentar una «resistencia constitucional colectiva», resistencia que puede desempeñar un papel fundamental en la (muy necesaria, sino urgente) re-apertura política del derecho comunitario.

§2. Es quizá pertinente confesar al lector que albergo serias dudas sobre la felicidad de la expresión «identidad constitucional». Y ello por tres razones. La primera es la escasa pertinencia de analizar las cuestiones jurídicas o filosófico-políticas valiéndose del término identidad, escurridizo donde los haya, y que quizás fomenta reflexiones tan profundas como inútiles una vez que la discusión trasciende el plano existencial individual. La segunda es la quizás especialmente acusada impertinencia de hablar de la identidad de una persona jurídica, sea ésta pública o privada. Tratándose de creaciones humanas, más o menos felices, más o menos útiles, las personas jurídicas están expuestas ineludiblemente a cambios y transformaciones bien distintos de los propios y característicos de las personas físicas. Quizás el mero hecho de hablar de la identidad de una empresa o de un estado predisponga a extender a las personas creadas por la ley los derechos y obligaciones fundamentales de las personas físicas, cosa que a mi juicio es abiertamente hostil al establecimiento, consolidación y supervivencia del Estado Social y Democrático de Derecho. La tercera es la improbabilidad de que, cuando menos desde una perspectiva jurídica, un estado tenga una identidad (si es que la tiene, en los términos ya indicados) distinta a la constitucional. Tales identidades pre o post constitucionales quizá sean relevantes en la discusión política, pero cabe dudar de su relevancia desde una perspectiva jurídica (quizá modo kelseniano). Sentada la infelicidad del término, estimo sin embargo que el haz de problemas que se consideran habitualmente mediante referencia al mismo son de gran importancia y calado. En último término, como espero se ponga de relieve en este trabajo, pensar la identidad constitucional europea es una manera de dilucidar qué clase de ordenamiento constitucional sea el comunitario, cuál sea la relación que media entre derecho constitucional de los Estados Miembros y el supranacional, y qué cosa estén haciendo las instituciones nacionales cuando dejan de aplicar el derecho supranacional. Dado que, mal que me pese, el término identidad constitucional es de uso corriente y se ha impuesto en la discusión, sigo ese uso en el resto del trabajo, estimando que no tendría mucho sentido prescindir del mismo e inventar otro, quizá aún más desafortunado.

I. LA CONCEPCIÓN DOMINANTE DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

1. LOS TRES RASGOS FUNDAMENTALES DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EN LA CONCEPCIÓN DOMINANTE

§3. La concepción «dominante» de identidad constitucional puede ser caracterizada mediante referencia a tres rasgos fundamentales, a los que ya me he referido en §1, pero que quizá no es del todo impertinente reiterar al inicio de esta sección: (a) el principio de respeto de la identidad constitucional fue «introducido» en el derecho primario de la Unión Europea por el Tratado de Maastricht, (b) la identidad constitucional de cada Estado Miembro consiste en las características idiosincráticas de su sistema constitucional; y (c) la categoría es elaborada y detallada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en eventual «diálogo» con los Tribunales constitucionales nacionales) al resolver conflictos constitucionales entre el derecho constitucional supranacional y el nacional.

A) **La Identidad Constitucional, un principio «nuevo», «insertado» en el derecho comunitario en virtud de lo establecido en el Tratado de Maastricht**

§4. El principio de respeto de la identidad constitucional nacional sería una categoría jurídica de (relativo) nuevo cuño, incorporada al derecho supranacional por el Tratado de Maastricht (y ampliamente corregida y aumentada por el Tratado de Lisboa), bajo la presión argumentativa de algunos Tribunales Constitucionales nacionales (italiano y alemán, francés por emulación) y en particular su teoría (también relativamente reciente) de los «límites (*controlimiti* en la terminología original italiana)» a la primacía del derecho comunitario.

§5. Como es bien sabido, en el artículo F(1) del Tratado de la Unión Europea (de forma habitual denominado Tratado de Maastricht) se afirma que «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados Miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos». De esta fórmula inicial de respeto a la identidad «nacional» yuxtapuesta a la definición del carácter democrático de tal identidad nacional, se pasará en virtud de las modificaciones operadas por el Tratado de Ámsterdam a un desdoblamiento formal. Por una parte, el artículo F(1) se convierte en un conciso 6.3, en el que se afirma exclusivamente que «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros». Al tiempo que en un nuevo artículo 6.1, se afirma que «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados Miembros». En el proceso de reescritura constante del derecho comunitario, este tenor literal deja paso a otro bastante más prolijo gracias al Tratado de Lisboa, que en el «nuevo» Tratado de la Unión Europea, conduce a un desdoblamiento aún más acusado en dos artículos físicamente separados y cuyo tenor literal es muy abigarrado. El nuevo artículo 4.2 reza: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autono-

mía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro». Mientras que en el nuevo artículo 2 se lee: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

B) La Identidad Constitucional como principio de protección de una identidad nacional, individual e idiosincrática

§6. La identidad constitucional es entendida como una categoría esencialmente nacional. Se habla de la identidad constitucional «de los Estados Miembros», no de «la Unión Europea». A ello se une que la identidad constitucional se define como identidad individual de cada uno de los Estados Miembros de la Unión. Hay una identidad constitucional de Alemania, una identidad constitucional de España, una identidad constitucional de Polonia, una identidad constitucional de Hungría, etc. Además, cada una de estas identidades se define esencialmente mediante referencia a lo que es idiosincrático, peculiar, en cada una de los sistemas constitucionales nacionales, aquello que, en suma, contrasta con lo que es característico en la mayoría o en incluso en el colectivo de constituciones de los Estados Miembros. La identidad constitucional es pues entendida como nacional, individual e idiosincrática, fruto de la peculiar trayectoria histórica de cada Estado o de costumbres quizá ancestrales de sus habitantes. (3) A resultas de ello, la función principal de la identidad constitucional es esencialmente negativo, o lo que es lo mismo, servir de *controlimit* a la primacía del derecho comunitario.

§7. En buena medida, esta concepción «dominante» de identidad constitucional implica asumir que el Tratado de Maastricht (y los sucesivos Tratados en los que el principio ha sido corregido y aumentado, en los términos descritos en §5) habrían en buena medida «incorporado» al derecho comunitario la doctrina de los *controlimiti* tal y como fue elaborada en los años setenta y ochenta por los Tribunales constitucional italiano y alemán. De forma paralela, cabe afirmar que esta concepción de la identidad constitucional como nacional, individual e idiosincrática corresponde perfectamente con la concepción dominante de la teorías pluralistas del derecho comunitario, quizás muy especialmente las defendidas por Mattias Kumm y Miguel Poiars. Tanto la teoría de los *controlimiti* como el pluralismo ofrecen una visión marcadamente «dualista» de las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional. La mejor forma de describir tales relaciones, a juicio de los Tribunales Constitucionales Nacionales y de los pluralistas «radicales», se corresponde con la caracterización de ambos como ordenamientos autónomos, con un ámbito de aplicación «yuxtapuesto». En lo que difieren, claro ésta, los Tribuna-

(3) La referencia a las prácticas constitucionales nacionales puede encontrarse en KUMM, *supra*, núm. 1, pp. 296 ff. En sentido aún más neto, más «culturalizante» se ha manifestado reiteradamente Damian Chalmers.

les constitucionales nacionales y los pluralistas es en el modo y manera de resolver los conflictos constitucionales (4).

C) Una categoría esencialmente jurisprudencial

§8. Por último, la identidad constitucional es una categoría predominantemente jurisprudencial. En un doble sentido.

§9. Por una parte, y como ya he indicado brevemente, la fórmula recogida en los Tratados es resultado de incorporar una categoría central de la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales italiano y alemán en lo que concierne a las relaciones entre el derecho constitucional supranacional y nacional. El concepto subyace ya a la sentencia «Frontini» del Tribunal Constitucional Italiano, y aparece de forma expresa (*Verfassungsidetität*) en la Solange II del Tribunal Constitucional alemán, de la que parte el tercer controlímite y control de constitucionalidad nacional sugerido por los jueces de Karlsruhe en su fallo Lisboa, con referencia fundamental a la cláusula «perpetua» del artículo 79.3 de la Ley Fundamental Alemana (5).

§10. Por otra, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es visto como órgano clave en la interpretación de la fórmula tal y como ha quedado redactada en el Tratado de Lisboa. Las sentencias en los casos *Sayn-Wittgenstein* (6) (derecho a la ciudadanía, en particular, libre circulación de personas y derecho subjetivo a la identidad c. la ley constitucional austriaca que procede a la abolición de los títulos de nobleza y exige «desnobilizar» los apellidos), *Runevič-Vardyn* (7) (libre circulación de personas, derecho a la identidad c. obligación legal de transcripción del nombre en grafía nacional) y *Dermod Patrick O'Brien* (8) (derecho a igualdad salarial y de trato de determinadas categorías de jueces c. competencia del estado irlan-

(4) Mientras los Tribunales Constitucionales nacionales resuelven los mismos de conformidad con lo establecido en la constitución nacional (aunque el TC alemán se haya mostrado abierto a considerar desde fecha muy temprana la condición abierta de tal constitución, véase ya la Sentencia sobre las Elecciones Europeas, y en mi –minoritaria interpretación– en la Sentencia Lisboa), los pluralistas constitucionales recurren a metaprincipios constitucionales de notable abstracción y generalidad (Maduro en buena medida al principio formal de igualdad; Kumm al principio de proporcionalidad «writ large», si se me permite el anglicismo), que Alexander Somek, a mi juicio con gran acierto, ha caracterizado como un híbrido de derecho natural y moral positiva de una cierta «élite» europea. Véanse los citados trabajos en el volumen editado por AVBELJ, M., y KOMAREK, J., *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishers, Oxford, 2012.

(5) Lo que quizás ha realzado la importancia de esa norma, pero no ha dejado en modo alguno claro porque un eventual control de constitucionalidad nacional de las normas comunitarias realizado mediante referencia a tal norma no pueda ser comprendido bajo la protección de los derechos fundamentales o las competencias de Alemania. La Sentencia «Frontini» de 27 de diciembre de 1973 (fallo 183/1973) puede consultarse en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. La Sentencia Solange II (Re Wuensche Handelsgesellschaft), de 22 de octubre de 1986, *BverfGE* 73, 339 puede consultarse en [1987] 3 CMLR 225,265. El fallo «Lisboa» de 30 de junio de 2009, traducción castellana en apéndice a LÓPEZ CASTILLO, A., y MENÉNDEZ, A. J., «Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, y en <http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>

(6) Asunto C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, sentencia de 22 de octubre de 2010, Rec. I-13693.

(7) Asunto C-391/09 *Runevič-Vardin*, sentencia de 12 de mayo de 2011, Rec. I-3787.

(8) Asunto C-393/10 *Dermod Patrick O'Brien*, sentencia de 1 de marzo de 2012, pendiente de publicación.

dés para configurar su estructura institucional, en particular la judicial), son vistas como *leading cases* del contenido sustantivo del principio de respeto de la identidad constitucional en derecho comunitario.

2. CRÍTICA

A) El carácter novedoso del principio de respeto de la identidad constitucional

§11. La primera crítica que cabe realizar a la concepción dominante de la identidad constitucional es la relativa al origen y fundamento del principio. Derivar del hecho de que el principio haya sido recogido de forma expresa por primera vez en el Tratado de Maastricht que el mismo sólo se incorpora entonces al derecho constitucional comunitario «entonces», o lo que es lo mismo, que el artículo F(1) innova del contenido sustantivo del derecho constitucional europeo es a mi juicio una asunción que no puede tomarse por auto-evidente. Por dos razones principales.

§12. En primer lugar, una buena parte de las formulaciones novedosas contenidas en los Tratados distan de corresponderse con innovaciones en el contenido del derecho comunitario. Es bien sabido que de forma frecuente, los Tratados explicitan principios latentes (no escritos) del derecho comunitario o «codifican» las convenciones constitucionales consolidadas en la práctica comunitaria. Una buena parte del desarrollo de la estructura institucional y del proceso de toma de decisiones ha «evolucionado» primero en la práctica y ha sido codificado con posterioridad. Aunque esta tendencia no deje de plantear problemas constitucionales, es reflejo del carácter incompleto de la estructura institucional comunitaria. De forma quizá mucho más relevante para el caso del que nos ocupamos, algunos principios estructurales han formado parte del derecho comunitario desde su constitución, pese a lo que sólo han sido afirmados explícitamente en los Tratados en momentos posteriores (diversos dependiendo de los distintos principios). Como es bien sabido, este es el caso del principio de protección de los derechos fundamentales. Aunque sólo «emerge» en el Tratado de Maastricht, el Tribunal de Justicia lo reconoció como tal desde 1969 (9), caracterizándolo como unos de los principios estructurales no escritos del derecho comunitario; y a partir del mismo perfiló «pretorianamente» el catálogo de derechos fundamentales de la Unión Europea, explicitado en el año 2000 en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (cuyo valor jurídico antes de su incorporación plena al derecho primario en virtud de lo dispuesto en el Tratado de Lisboa derivaba de su condición de fuente de conocimiento especialmente autorizada de lo dispuesto y establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) al dilucidar el contenido de tal principio no escrito (10). Dado que el principio de respeto de la identidad constitucional es un principio básico en las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional, y dado que esas relaciones fueron queridas y enmarcadas por las cláusulas de inte-

(9) Asunto 29/69, *Stauder*, sentencia de 12 de noviembre de 1969, Rec. 419 Asunto 11/70, *Internationale*, sentencia de 17 de diciembre de 1970, Rec.1125.

(10) Tal cosa sostengo en «Chartering Europe», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, 2002, pp. 471-90.

gración contenidas en las constituciones europeas de una buena parte de los Estados Miembros, y derivadas estructuralmente del derecho constitucional nacional por los Tribunales en las restantes,⁽¹¹⁾ hay buenas razones para cuando menos dudar del carácter radicalmente novedoso del principio. Por el contrario, hay elementos suficientes para concluir que el principio se codifica, se explicita en los Tratados, siendo así que formaba parte del derecho comunitario desde su constitución en tanto que ordenamiento jurídico.

§13. En segundo lugar, es pertinente preguntarse si el número reducido, pero a juicio de una parte de la doctrina relevante, de fallos del Tribunal de Justicia sustentados en fundamentos jurídicos entre los que desempeña un papel fundamental la cláusula de identidad constitucional (el art. 4.2 del Tratado de Lisboa) (§5), hubieran sido distintos «antes» de la incorporación expresa de la citada disposición o si, alternativamente, la argumentación jurídica de los jueces de Luxemburgo hubiera sido bien diversa en tal caso, incluso si el fallo hubiera sido semejante. Dejando al margen el juicio sustantivo que los citados fallos nos merezcan, es a mi juicio indudable que la invocación de la identidad constitucional en los argumentos jurídicos añade tan sólo economía de palabras al fallo, o lo que es lo mismo, que el Tribunal podría haber derivado «inductivamente» el principio en ausencia de una referencia expresa a la citada cláusula. En buena medida, el anclaje de fallos del Tribunal que exceptuaban o limitaban las libertades económicas en el orden público nacional sugiere la presencia latente del principio de identidad constitucional «en el sentido característico de la concepción dominante» desde el inicio del proceso de integración⁽¹²⁾.

B) ¿Identidad individual, idiosincrática y negativa?

§14. La caracterización de la identidad constitucional como principio individual, idiosincrático y negativo se ajusta en buena medida tanto a las decisiones de los tribunales constitucionales nacionales como a los fallos del Tribunal de Justicia en la materia, al tiempo que implica una relación de yuxtaposición entre ordenamientos jurídicos que está en plena sintonía con la llamada teoría del pluralismo constitucional. Sin embargo, este doble ajuste no excluye que tal caracterización sea altamente problemática. Hay dos razones fundamentales que justifican tal conclusión.

§15. Primero, hay una cierta contradicción entre la caracterización de la identidad constitucional en términos individuales e idiosincráticos y el uso que de la misma hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Si la identidad constitucional es un *overriding interest* que justifica la limitación de las libertades económicas, dista de ser claro qué hace en concreto el Tribunal de Justicia cuando aplica

(11) FOSSUM, J. E., y MENÉNDEZ, A. J., *The Constitution's Gift*, Lanham: Rowman and Littlefield, 2011.

(12) Basta pensar en el famoso asunto 41/74, «Van Duyn», sentencia de 4 de diciembre de 1974, Rec. 1337. La señora Van Duyn, de nacionalidad holandesa, vio su solicitud de permiso de residencia en el Reino Unido para trabajar como secretaria de la Iglesia de Cienciología rechazado en atención al juicio negativo que tal organización merecía a las autoridades británicas. El Tribunal concluyó que el efecto directo del «viejo» artículo 48 no impedía al Reino Unido limitar de tal modo el derecho a la libre circulación de la trabajadora Van Duyn, incluso si el Reino Unido toleraba las actividades de la Iglesia de Cienciología en el territorio del Reino Unido.

el principio en casos como, por poner un ejemplo, «Wittgenstein». Salvo que el Tribunal acepte la definición del concepto proveniente del ordenamiento nacional (que en casos como Wittgenstein deriva bien de la cuestión planteada por el Tribunal o de la eventual intervención de los gobiernos de los estados cuya identidad constitucional está en cuestión, alemán y austriaco), el Tribunal estará definiendo el contenido sustantivo de esa identidad nacional idiosincrática. Pero ¿Con qué autoridad y en qué capacidad? Si la identidad constitucional es idiosincrática, el Tribunal de Justicia es la última institución que debería definir y modelar el citado concepto. Pero si lo define y modula, si pondera los intereses constitucionales en juego, de la señora Wittgenstein, del estado alemán y del estado austriaco, entonces la identidad constitucional no puede ser realmente «individual» y aún menos «idiosincrática». O lo uno o lo otro.

§16. Segundo, y quizá más importante, la caracterización de la identidad constitucional como identidad individual e idiosincrática es contradictoria en términos estructurales, y no sólo en atención a la competencia y *savoir faire* del tribunal que dicte la sentencia. Por una parte, el proceso de integración implica la transformación de la propia identidad de los Estados, que de estados soberanos (y autárquicos en términos cuando menos constitucionales) se convierten en Estados Miembros de una comunidad supranacional. La forja de una comunidad constitucional sin un proceso constituyente al estilo revolucionario depende de forma decisiva de la armonía estructural de las normas constitucionales de los Estados que en ella se integran. Ello da cuenta de la importancia del control del cumplimiento con los requisitos político-constitucionales en el momento de la adhesión de un Estado a la Unión. Esa transformación es especialmente visible (pero no exclusivamente) en el caso de los Estados que se convirtieron en Estados Miembros de forma sucesiva a su democratización (no sólo Grecia, Portugal y España, y buena parte de los países del *big bang* de 2004 y 2007, sino también Francia, Italia, Alemania y en buena medida Bélgica). O en la transformación de la estructura constitucional del gobierno macroeconómico y monetario, con la aceptación de la independencia del banco central y la libre circulación de capitales «también en lo que concierne a terceros países». Sobre esta base, si la adquisición del estatus de Estado Miembro implica una transformación de la propia identidad constitucional que ejerce una fuerza centrífuga en el contenido del derecho constitucional nacional, la persistencia de una identidad constitucional nacional idiosincrática no puede ser sino problemática. Ciertamente la integración europea no supone la trascendencia de la identidad nacional de los Estados, ni el abandono de su identidad en tanto que comunidades políticas. Pero precisamente por ello, cabe dudar de que la coherencia de un ordenamiento tal pueda mantenerse si se acepta la persistencia de idiosincrasias constitucionales nacionales. Una comunidad cuya unidad ha de reconciliarse con la diversidad no puede sino presuponer una limitación de tal diversidad, no una licencia permanente al aumento de tal diversidad.

C) Un concepto llamado a ser desarrollado por los tribunales

§17. Finalmente, la concepción dominante asume que la identidad constitucional es un concepto esencialmente jurisprudencial. No sólo la doctrina tiende a comentar y elaborar las decisiones jurisprudenciales, de modo que la litera-

tura sigue en buena medida los impulsos y flexiones de los fallos de los magistrados, sino que no se plantea la posibilidad de que el concepto haya de ser modelado o articulado por procesos políticos con intervención directa o mediata de los ciudadanos (en este último caso, a través los órganos directamente representativos de los ciudadanos). Esta asunción es altamente problemática porque acepta una premisa implícita de las decisiones judiciales que es claramente contradictoria. Que es la siguiente: Si la identidad constitucional es entendida como una identidad esencialmente idiosincrática e individual, es no sólo dudoso que el Tribunal de Justicia haya de estar llamado a hacer otra cosa que aplicar la definición de esa identidad constitucional nacional formulada al nivel nacional (como ya vimos §15), sino que dista de ser obvio que ni siquiera los Tribunales Constitucionales nacionales hayan de ser los actores fundamentales en el proceso de destilación de tal categoría jurídica. Y ello porque si la identidad constitucional es una categoría nueva, creada en el Tratado de Maasticht, pero que hace referencia al contenido peculiar e idiosincrático de las normas nacionales, se trata de una categoría constitucional fundamental «que no se define expresamente en las constituciones nacionales». Pero si se trata de una categoría que apunta a los contenidos fundamentales de la constitución, y las leyes fundamentales nacionales no incluyen una decisión explícita acerca de sus perfiles y contenido, ¿Por qué han de ser los tribunales constitucionales los llamados a definir el contenido de la identidad constitucional nacional y no los ciudadanos y/o sus representantes directos? Si descubrimos que la constitución está incompleta, ¿Acaso debe completarla un Tribunal de forma definitiva y permanente? Aceptar tal cosa supone optar por una profunda judicialización de la política constitucional, judicialización que estructuralmente está llamada (dada las limitaciones estructurales de lo que pueden hacer los tribunales) a dificultar la toma de decisiones a medio y largo plazo.

II. UNA CONCEPCIÓN ALTERNATIVA DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

§18. En la sección previa he descrito y criticado la concepción crecientemente dominante del principio de respeto de la identidad constitucional en el derecho europeo. En esta sección presentaré una concepción bien distinta de identidad constitucional. Como ya indiqué, defenderé una concepción conforme a la cual la identidad constitucional ha de ser caracterizada como (a) un principio estructural del derecho europeo desde el momento mismo de constitución de las Comunidades Europeas (desde el Tratado de París de 1951, en términos concretos), (b) parte del derecho constitucional común, por lo que no sólo tiene pleno sentido hablar de una identidad constitucional nacional y de una identidad constitucional supranacional, sino que, además, ambas se encuentran en una relación muy estrecha, y (c) que ha de ser desarrollado y precisado por las instituciones representativas democráticas, no sólo (y no principalmente) por los tribunales.

1. UN PRINCIPIO FUNDACIONAL DEL DERECHO COMUNITARIO

§19. El principio de respeto de la identidad constitucional de los Estados Miembros es parte estructural del derecho comunitario desde la creación misma de las Comunidades Europeas.

§20. Tal principio se deriva necesariamente de la naturaleza «sintética» del proceso de integración. Primero, el fundamento constitucional del proceso de integración se encuentra en el colectivo de constituciones nacionales de los Estados Miembros, leyes fundamentales que contienen (o han sido interpretadas como si contuviesen) una habilitación y mandato de integración; habilitación y mandato que refleja la lección de la doble catástrofe europea de la primera mitad del siglo xx: la toma de conciencia de que el ideal regulador del Estado Social y Democrático de Derecho no puede hacerse efectivo «en un solo estado» (si se me permite emplear una fórmula que tiene origen en una tradición bien distinta), de forma autárquica, sino que requiere crear las condiciones estructurales, económicas, políticas y sociales tanto nacionales como transnacionales que hagan posible de forma efectiva crear y consolidar Estados Sociales y Democráticos de Derecho en un ámbito geográfico como el europeo. De ello se deriva, segundo, que tal proceso de integración ha de ser un proceso de integración «mediante el derecho constitucional». La «integración» es un medio al servicio de la realización del proyecto político del Estado Social y Democrático de Derecho, no una «alternativa» al mismo. La apertura y el carácter cooperativo no son alternativas a tal proyecto, son parte del mismo. Pero, tercero, la decisión constituyente mediante la que se hace efectiva la habilitación y mandato de integración (los Tratados de París, Roma y de Fusión de 1965) se acompaña de la escritura de un número muy reducido de normas. A ello se une que los Tratados contienen normas de muy diverso valor y dignidad jurídica. Ciertamente hay *bits and pieces* del derecho constitucional europeo en los Tratados (por ejemplo, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad), pero no una constitución completa. Es por ello que, cuarto, es necesario asumir que hay un derecho constitucional «profundo» de la Unión Europea desde su constitución (ello es absolutamente necesario para asegurar que la integración procede en el marco del derecho constitucional), derecho que no puede sino estar conformado por el colectivo de constituciones nacionales, por el derecho constitucional común a los Estados Miembros, si se quiere emplear la terminología característica del Tribunal de Justicia. Pero, quinto, si el derecho constitucional común es el derecho constitucional profundo de la Unión Europea, el respeto de la identidad constitucional de los Estados Miembros es necesariamente parte del derecho comunitario, porque esa identidad constitucional «constituye» el derecho constitucional de la Unión Europea. El proceso de integración consiste, estructuralmente, en la proyección de las constituciones nacionales al nivel supranacional. La integración es un «medio» a través del cual se realiza efectivamente el proyecto constitucional de los Estados Miembros.

2. UN PRINCIPIO POLIVALENTE

§21. En la primera sección he sustentado que el principio de respeto de la identidad constitucional no fue introducido en el derecho comunitario por el Tratado de Maastricht en el derecho comunitario; antes al contrario, tal principio deriva de la propia estructura y fundamento constitucionales de la Unión Europea. De ello resulta no sólo que la relación que media entre identidad nacional e identidad constitucional es muy estrecha (pues no sólo la matriz de la identidad supranacional es el colectivo de identidades constitucionales nacionales, sino que la destilación, concreción y explicitación de la identidad supranacional «debe» tener como punto de referencia el colectivo de identidades constitucionales nacionales), sino también la polivalencia de la identidad constitucional nacional, que no sólo «protege» la autonomía nacional (en atención a la ineludible división de competencias), sino que también desempeña una función de «reserva» en tanto que parámetro transnacional de control del derecho constitucional supranacional.

A) Relación entre identidad nacional e identidad supranacional

§22. La relación entre derechos constitucionales nacionales y derecho constitucional supranacional es compleja.

§23. En primer lugar, el derecho constitucional supranacional, como queda indicado en §17, no puede sino entenderse definido mediante referencia al derecho constitucional común a los Estados Miembros, o lo que es lo mismo, a las constituciones nacionales, no consideradas de forma individual y aislada, sino en tanto que «colectivo constitucional». La integración mediante el derecho constitucional implica que el arranque del proceso se apoya inicialmente en el ideal regulador de un derecho constitucional común. En ausencia de un momento constituyente revolucionario, el cumplimiento del mandato de integración de las constituciones nacionales sólo puede ser adecuadamente satisfecho si la integración es una integración enmarcada constitucionalmente, y tal marco, «dada la ausencia de un proceso constituyente y de una constitución resultante de tal proceso», no puede ser otro que el derecho constitucional común, la proyección de la constitución al ámbito supranacional. Ese ideal común sólo se concreta, explicita y ajusta al específico contexto del proceso de integración de forma muy parcial en los Tratados constitutivos, donde se encuentran los ya mencionados *bits and pieces* del derecho constitucional supranacional «explícito», los elementos que concretan el ideal regulador de un derecho constitucional común.

§24. En segundo lugar, la relación entre derecho constitucional nacional y supranacional es necesariamente dinámica, pero ese dinamismo no implica una neta separación y diferenciación (como necesariamente asume una concepción dualista) del derecho constitucional supranacional y el derecho constitucional nacional. Hay dos fuentes paralelas de dinamismo. Por una parte, la integración constitucional consiste en la progresiva explicitación del ideal regulador de un derecho constitucional supranacional en el marco del derecho constitucional común. La integración requiere en ocasiones determinar cuál haya de ser la norma europea en un contexto en el que las normas nacionales son discrepantes o diferentes. Pero una vez se fija la norma común, lo que originalmente era una diferen-

cia entre derechos constitucionales nacionales se convierte en diferencia entre el derecho constitucional supranacional y el nacional. A ello se une que el proceso de integración mediante el derecho constitucional de un estado-nación y el proceso de integración mediante el derecho constitucional de una comunidad de estados nación dotados de su propia constitución no son equivalentes, no responden a los mismos impulsos y necesidades. Es por ello que pueden existir buenas razones, razones plenamente adecuadas al marco constitucional constituido por el derecho constitucional común, de «innovar» en el derecho supranacional, de establecer una norma común que es diferente de todas las normas constitucionales nacionales (13). Por otra parte, el proceso de integración se sustenta en la apertura de las constituciones nacionales, en la disponibilidad a «aprender» de otros ordenamientos constitucionales nacionales, de beneficiarse de la interacción en el campo constitucional común y someter a reflexión crítica las normas constitucionales nacionales que resultan ser divergentes con el derecho constitucional común a medida que se avanza en el proceso de destilación de las normas constitucionales comunes, en los términos que acabo de exponer. De la apertura y la tensión crítica que la misma implica se deriva una dinámica de convergencia en el derecho constitucional común. Dicho lo cual, no es menos cierto que tanto del proceso de integración en sí mismo, como de los *shocks* externos e internos que pueden producirse (y de hecho se han producido a lo largo de la historia de la integración europea), se derivan consecuencias distintas para distintos estados y regiones de los mismos, fruto de las diferentes características sociales y económicas de partida. Ello genera una importante fuerza centrífuga, que puede aumentar la divergencia en lugar de reducirla. De ello se deriva que tras la «identidad genética» inicial da paso a una relación dinámica, en la que el derecho constitucional supranacional y el colectivo de constituciones nacionales son entidades parcialmente autónomas, con un grado de autonomía que fluctúa en función de cual sea la relación entre fuerzas centrípetas y centrífugas (y ambas son necesariamente parte del proceso de evolución constitucional). El desarrollo del derecho comunitario, tanto la explicitación de las normas constitucionales como la escritura de directivas, reglamentos y normas de desarrollo e implementación, así como la interpretación jurisprudencial de las mismas, ha de ser entendido como un proceso enmarcado por el colectivo de constituciones nacionales en tanto que constitución profunda del derecho comunitario. Tal naturaleza explica el papel fundamental que han desempeñado los argumentos comparados tanto en la elaboración de normas contenidas en los Tratados como en la preparación de normas legislativas o en la destilación jurisprudencial del contenido de las normas constitucionales y legales del derecho comunitario.

§25. Consecuentemente, la forja del derecho constitucional europeo no implica la automática transcendencia del derecho constitucional nacional, o dicho en otros términos, la afirmación de un derecho constitucional supranacional independiente y autónomo del nacional. La retórica dualista tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de los tribunales constitucionales nacionales constituye en este punto un legado altamente infeliz, que hace imposible una

(13) Aunque, como veremos, el hecho mismo de que sea necesario innovar abre la posibilidad de innovaciones innecesarias e injustificadas, sino imposibles de justificar en el marco del colectivo constitucional nacional: los «derrapes constitucionales», sobre los que vuelvo más tarde.

comprensión cabal de las relaciones entre ambos órdenes. En ausencia de un proceso constituyente democrático de corte «revolucionario», el derecho supranacional ha de ser visto como la realización del mandato de integración contenido en el colectivo de constituciones nacionales. El derecho constitucional supranacional debe, sin embargo, mantenerse estrechamente ligado al colectivo constitucional nacional, al derecho constitucional transnacional, si se quiere, pues de la estrecha relación entre ambos se deriva la legitimidad democrática del derecho supranacional. La identidad fundamental entre derecho constitucional supranacional y colectivo constitucional nacional implica también que el proceso de integración se produce en un marco político-constitucional que no puede socavar la integridad de las constituciones nacionales sin destruir su propia base. En términos metafóricos, si el derecho comunitario crece en la rama formada por el colectivo de constituciones nacionales, el derecho comunitario no puede poner en peligro la solidez de ese colectivo sin provocar su caída (dado que estaría cortando la rama sobre la que se sustenta). O por seguir con las metáforas, es imprescindible que el cordón umbilical no se rompa, cuando menos no antes de que el *nasciturus* sea plenamente viable en términos de legitimación democrática, cosa que no sucederá hasta que el derecho constitucional europeo haya sido legitimado democráticamente bien al modo revolucionario bien al modo evolutivo (cosa que, claro está, dista de haber sido el caso hasta ahora). Y sin embargo, a medida que pase el tiempo y las instituciones supranacionales vayan consolidándose, y el derecho supranacional explícito constituya un sistema cada vez más denso, la propensión a que las normas constitucionales supranacionales «difieran» del colectivo constitucional transnacional será más grande. Habrá, en suma, más posibilidades de divergencia, o si se quiere, de «derrapes constitucionales», de que el derecho constitucional supranacional sea definido de forma contraria al derecho transnacional por instituciones carentes de legitimidad democrática para afirmar esa norma constitucional diversa.

§26. De forma similar, el mandato de integración nacional es el fundamento último del principio de primacía del derecho comunitario, entendida no como «primacía vertical» de un ordenamiento constitucional «distinto» al nacional, sino como primacía de un ordenamiento común que asegura la igualdad de todos los ciudadanos de los Estados Miembros ante la ley (lo que exige que en el ámbito competencial del derecho comunitario la ley sea sólo una, y no varias) y que dirime los conflictos entre los ordenamientos nacionales (conflictos que son originalmente horizontales, y sólo marginalmente verticales). Desde esta perspectiva, la primacía del Derecho comunitario afirmada por el Tribunal de Justicia en «Costa» no consiste en la primacía del derecho comunitario sobre el italiano, asumiendo una clara y neta distinción entre ambos, cuanto la resolución del conflicto entre el derecho constitucional italiano y el derecho constitucional de los restantes cinco Estados Miembros. En la medida en la que la primacía del derecho comunitario se afirma en supuestos en los que el conflicto tiene esta sintaxis normativa, la autoridad del derecho comunitario es impecable (aunque quepa, claro está, poner en cuestión el concreto modo y manera en que se resuelva el conflicto).

B) Polivalencia de funciones

§27. De la autonomía relativa del derecho constitucional supranacional y colectivo de constituciones nacionales se deriva la polivalencia de la identidad constitucional.

§28. En primer lugar, se impone distinguir entre el derecho constitucional sustantivo y la estructura institucional. La senda sintética del proceso de integración se fundamenta en el ideal regulador de un derecho constitucional común, en una estructura institucional supranacional no sólo incompleta, sino en buena medida experimental, y en el mantenimiento de la estructura institucional de cada uno de los Estados Miembros. La lógica interna a la integración normativa, a la consolidación institucional supranacional y al mantenimiento de la estructura institucional nacional son notoriamente diversas, y se explicitan en el tenor literal del Tratado de Lisboa, que invita a distinguir entre la identidad constitucional sustantiva y la identidad constitucional institucional.

§29. En segundo lugar, la identidad constitucional no sólo de sus Estados Miembros sino de la propia Unión Europea requiere prestar especial atención a la distribución de competencias y poderes entre los distintos niveles de gobierno. Que es tanto como referirse a la necesidad de conjugar una distribución funcional de poderes con la asignación a cada nivel de gobierno de competencias suficientemente amplias y relevantes como dar pleno sentido al proceso político democrático. Necesidad que existe incluso en los estados unitarios internamente organizados de acuerdo con el principio federal. Y a la que en el caso de la Unión Europea se une la consideración debida a la compleja base de legitimidad democrática de la propia Unión y de su derecho. O dicho en otros términos, que la creación de una comunidad política por la vía sintética impone límites a las competencias que pueden ser transferidas y ejercidas por el nivel supranacional. En tal sentido, la insistencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el carácter limitado y tasado de la transferencia de competencias a la Unión (el principio de atribución de competencias), e incluso la elaboración de un núcleo duro de competencias «intransferibles» pueden ser interpretados como exigencias derivadas no sólo ni exclusivamente de la Constitución alemana, sino del derecho constitucional comunitario en su conjunto. (14) En este sentido, el Tribunal de Justicia yerra al reducir la identidad constitucional nacional a un «overriding interest» que permite justificar lo que de otro modo implicaría una violación del derecho comunitario. Así, en el citado caso «Wittgenstein», el Tribunal afirma que la demandante tiene un derecho subjetivo a la libre circulación, y en el ejercicio del mismo, al respeto de su derecho a la identidad, que incluye el derecho a mantener su nombre, incluido el nobiliario –por adopción– «Fürstin von (Princesa de) ». La identidad constitucional austriaca, incondicionalmente republicana, justificaría esta limitación del derecho a la ciudadanía europea

(14) Otra cosa es la medida en la que la corrección abstracta de tales afirmaciones no se corresponda con la plena conciencia de que esos límites han sido ya rebasados incluso en el momento en el que se formulan por primera vez, por lo que cabe dudar del valor efectivo de los mismos, e incluso del sentido que tenga realizar estas afirmaciones pretendiendo que la realidad de las cosas sea diversa. Y como comentaré brevemente en la tercera sección, la crisis ha hecho evidente la progresiva mutación de la Unión Europea en una comunidad política plena, transformación problemática en ausencia de una decisión constituyente explícita, dada la matriz constitucional de la que nace el proceso, y dentro de la cual se legitima el mismo.

y a la identidad de la señora Sayn-Wittgenstein, siempre a condición, claro está, de que la misma sea proporcionada. Y sin embargo, si es cierto lo hasta ahora sostenido en este trabajo, el respeto de la «identidad constitucional nacional» no es una mera racionalización o generalización de diversos intereses públicos, sino un principio estructural del derecho comunitario, de importancia axiológica y normativa superior a la libre circulación de personas (un principio que «fundamenta» entre otros el principio de libre circulación de personas). Ese respeto de la identidad constitucional implica, no en atención a decisiones idiosincráticas de Austria, sino a la propia hechura del derecho comunitario, que la elección de la forma de gobierno en Austria sea una cuestión fuera de la competencia del derecho comunitario, y que por tanto lo estén de igual modo todas las decisiones que se derivan de la misma, como la prohibición de la declinación nobiliaria de los nombres propios. Que el derecho comunitario no tenga nada que decir en este caso es algo que viene exigido por el respeto no sólo de una identidad constitucional nacional peculiar (la austriaca), sino de la propia identidad constitucional comunitaria.

§30. En tercer lugar, el colectivo de identidades constitucionales nacionales (el derecho constitucional «transnacional»), amén de la «plantilla» sobre la que ha de escribirse el derecho comunitario, es un constante referente crítico con el que enjuiciar el derecho constitucional supranacional. El constitucionalismo sintético de la Unión Europea permite iniciar el proceso de integración con recursos políticos mucho más limitados que aquellos que exige un proceso constituyente revolucionario. Cosa que sin duda era importantísima en los años cincuenta, donde la integración era urgente pero hubiera sido probablemente imposible iniciarla de haber seguido un recorrido constitucional revolucionario. Pero ese menor nivel de recursos políticos hace que la legitimación democrática de las normas que van siendo explicitadas modo sintético sea más frágil. Hay un riesgo creciente de que en la destilación o explicitación de la norma supranacional los conflictos horizontales entre normas nacionales se resuelvan de modo erróneo (optando por las normas nacionales de los países con mayor capacidad de influencia) o se resuelvan imponiendo un estándar autónomo, que carece de sustento y no puede por tanto derivar legitimación del derecho colectivo común (los ya mencionados «derrapes constitucionales»). En tales supuestos, los conflictos dejan de ser horizontales, y el derecho comunitario cesa de ser el ámbito donde se resuelven los mismos. El derecho comunitario se emancipa del colectivo constitucional nacional, «derrapa». Ese «derrape» es especialmente grave cuando se toman decisiones de trascendencia constitucional en sede legislativa, o cuando el Tribunal de Justicia presenta como interpretación del derecho comunitario una norma que supone una clara ruptura con el colectivo constitucional nacional. En estos supuestos, la identidad constitucional nacional, entendida en sentido colectivo, y no puramente nacional (como es en buena medida el caso en lo que concierne a las cuestiones competenciales) ha de servir como contra-parámetro de control de la constitucionalidad de las normas comunitarias. En este sentido, la identidad constitucional colectiva de los Estados Miembros de la Unión Europea puede ser movilizada en el debate político (y no sólo en las decisiones de los tribunales constitucionales nacionales) como freno y contrapeso de la deriva constitucional supranacional. Dicho de otro modo, la identidad constitucional colectiva está llamada a cumplir una función fundamental en la «resistencia constitucional» contra los derrapes constitucionales en derecho comunitario.

§31. La identidad constitucional refleja también la pervivencia del colectivo de constituciones nacionales como constitución profunda del derecho comunitario. Esa pervivencia no sólo anima el proceso legislativo y jurisdiccional de fijación de contenidos del derecho constitucional colectivo común, sino también permite, a medida que el proceso de integración/destilación avanza, el control constitucional del colectivo constitucional sobre el derecho constitucional supranacional. La «resistencia constitucional» supone en ese caso invocar la identidad constitucional nacional, no en tanto que identidad idiosincrática, sino compartida con la restantes constituciones nacionales, como «contra-argumento» a la definición del contenido del derecho comunitario propuesta/defendida por las instituciones comunitarias. De este modo, se refleja el carácter «abierto», «transnacional» de la identidad constitucional nacional.

3. UN CONCEPTO INTRÍNSICAMENTE POLÍTICO

§32. La identidad constitucional concierne los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y la estructura institucional básica del Estado. La definición y precisión de tales principios y de tal estructura en el «gozne» que el proceso de integración a través de la senda sintética exige que la determinación de la identidad constitucional tanto supranacional como nacional esté «fundamentalmente» en manos de las instituciones representativas de los ciudadanos. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán atinente al núcleo duro de las competencias nacionales es criticable no sólo (y quizás no fundamentalmente) por su carácter unilateral (pues al fin y al cabo las competencias se fijan en atención a criterios que pretenden ser generalizables, y que en buena medida son generalizables a todos los estados de la Unión) cuanto porque el Tribunal Constitucional pretenda tener la última palabra «alemana» al respecto. Es obvio, como queda dicho, que de la idea misma de integración «sintética» se derivan consecuencias para la división de trabajo competencial entre Unión Europea y Estados Miembros. Y lleva razón el TC alemán que el tránsito de una comunidad sintética a una comunidad federal o unitaria implica un cambio constitucional de tal profundidad que no puede llevarse a cabo sin mediación de un proceso constituyente europeo en sentido revolucionario (o, añadiría yo, de un proceso evolutivo de larguísima duración, quizá improbable en un sistema de la complejidad de la Unión Europea). Pero dista de ser obvio porque la lista de competencias haya de ser fijada por el Tribunal, como lo es como quepa derivar esa lista del artículo 79.3 de la Constitución Alemana sin incurrir en un número de asunciones sobre la consistencia del mundo real y sobre todo de una serie de premisas normativas que sólo pueden legitimarse mediante referencia al proceso democrático.

§33. Es por todo ello que el contenido normativo de la identidad constitucional nacional no es, ni debe ser, patrimonio exclusivo de los tribunales, ni del TC nacional ni del TJUE. Antes al contrario, la definición de la identidad constitucional, de los Estados Miembros y de la Unión, es una tarea política, que en toda política constitucional democrática debe corresponder a los ciudadanos y a las instituciones representativas de los mismos.

III. DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL ALTERNATIVA A LA RESISTENCIA CONSTITUCIONAL

§34. En las secciones precedentes he considerado las razones por las que la concepción dominante de la identidad constitucional europea es insuficiente y contradictoria, y por las que es pertinente articular una concepción alternativa. En concreto, en la segunda sección he expuesto el modo y la manera en que tal concepción alternativa ofrece una mejor comprensión «teórica» de las relaciones entre derecho el derecho constitucional nacional y el supranacional. La lectora o el lector de este trabajo (si es que ha logrado heroicamente no abandonar aún su lectura) puede sin embargo preguntarse qué relevancia práctica tengan todos los argumentos hasta ahora vertidos. O dicho con una expresión difícilmente traducible: *E allora?* Es en esta sección donde trato brevemente de responder a tal legítimo escepticismo, de llegar (si se me permite seguir italianizando) *al dunque*.

§35. La concepción alternativa del principio de respeto de la identidad constitucional europea es relevante en términos prácticos porque permite articular constitucionalmente la «resistencia constitucional» a las decisiones supranacionales que ponen en entredicho los valores constitucionales fundamentales del derecho constitucional europeo, las decisiones que, en la terminología sugerida en la sección anterior, pueden ser definidas como «derrapes constitucionales».

§36. Imaginemos que un Estado Miembro de la Unión Europea (pongamos que se trata de Ruritania) se constituye, de acuerdo con el artículo 1 de su Constitución, en un Estado Social y Democrático de Derecho fundado en el trabajo, al tiempo que en su artículo 2 se define como Estado Miembro de la Unión Europea. Supongamos que la economía de Ruritania ha entrado en un ciclo recesivo a resultas de la explosión de una burbuja inmobiliaria, y de un superávit estructural ha pasado a un déficit del 10% anual del PIB, con una deuda que se está acercando rápidamente al valor del 60% del PIB. Supongamos que la Comisión Europea concluye que es urgente que Ruritania defina una estrategia de re-estabilización de la economía. La Comisión recomienda de forma conminatoria llevar a cabo un drástico recorte del gasto público, acompañado de una deflación interna que aumente la competitividad de la economía. De forma concreta se propone una reducción del 20% de la remuneración de los sueldos de los empleados públicos (de modo y manera que tal reducción no sólo reduzca el déficit público, sino que sienta un precedente que conduzca a la reducción de todos los salarios en la economía), la apertura a la «competencia» de una buena parte de los servicios tradicionalmente regulados en Ruritania (incluido el transporte y las farmacias), un aumento del IVA (del 21 al 23%) que haga posible una reducción de la contribución empresarial a la seguridad social, y una reducción del salario mínimo que estimule la creación de trabajo en sectores de escaso valor añadido (frenando la tendencia a deslocalizar tales actividades a países con costos laborales más bajos, e incluso a revertir la tendencia). Pongamos que tales medidas contradicen la voluntad de la mayoría que ejerce el gobierno, mayoría que acaba de ganar unas elecciones en las que su programa electoral denunciaba la injusticia y disfuncionalidad de las políticas aplicadas en otros estados europeos para hacer frente a los problemas a los que ahora se enfrenta Ruritania. Supongamos finalmente que la Comisión se muestra absolutamente indiferente una vez que el gobierno nacional transmite varios estudios eco-

nómicos que ponen de relieve que la adopción de tales medidas provocaría en Ruritania no sólo una espiral de caída de la actividad económica que haría insostenible la deuda pública, sino también que la deflación interna conducirá a una redistribución de recursos económicos muy notable, llamada a agudizar las desigualdades en el país, y a poner en peligro la estabilidad social. La Comisión, de forma tajante, invoca la «credibilidad» de las políticas de austeridad, credibilidad que no permite cambiar el curso en un supuesto concreto incluso si hay razones objetivas para adoptar políticas distintas.

§37. De conformidad con la concepción «dominante» de identidad constitucional, los únicos argumentos que Ruritania puede movilizar son argumentos constitucionales idiosincráticos. Desde la perspectiva constitucional europea, a Tratados constantes y derecho positivo constante, el derecho comunitario positivo apoya la posición de la Comisión, por lo que la invocación de la necesidad de ser leales al proyecto del Estado Social y Democrático de Derecho, que exige rechazar las medidas propuestas por la Comisión, ha de ser caracterizada como una violación del derecho comunitario, que en último extremo sólo podría justificarse mediante referencia a la identidad constitucional «idiosincrática». Si el gobierno ruritano pretendiese no seguir la recomendación de la Comisión, su decisión habría de ser vista como una infracción del derecho comunitario, a lo sumo como un acto de «desobediencia civil», como ha sugerido, aunque refiriéndose esencialmente a los tribunales, Julio Baquero.

§38. Desde la perspectiva de la concepción alternativa de la identidad constitucional, Ruritania, al invocar la defensa del Estado Social y Democrático de Derecho, no está limitándose a contraponer su identidad constitucional idiosincrática a la decisión de la Comisión, sino que está haciendo algo bien distinto, que es poner en cuestión la corrección de la interpretación del derecho constitucional europeo por parte de la Comisión. Sustentándose en el derecho constitucional común, en el derecho constitucional profundo de la Unión Europea, que es estructuralmente transversal, el gobierno ruritano «pone en cuestión» la constitucionalidad de la decisión de la Comisión, e implícitamente, claro está, la constitucionalidad europea de los reglamentos en los que se sustenta.

§39. De este modo, la identidad constitucional no sólo fuerza un procedimiento de control político la de «constitucionalidad» de las decisiones supranacionales (al permitir reabrir la discusión acerca del contenido sustantivo del derecho comunitario), sino que, al hacerlo, puede conducir a reabrir el espacio político europeo, a evitar «la» patología característica de la senda sintética en la forja de una comunidad política seguida por la Unión Europea, la mutación del derecho constitucional supranacional en un derecho que «cierra» las posibilidades políticas, y al hacerlo, provoca que el derecho constitucional supranacional no pueda cumplir una función fundamental del derecho constitucional democrático, la de permitir un cambio de política socio-económica sin cambio de régimen político.

§40. Cabe objetar (y quien estas líneas suscribe es el primero que objeta) que la posibilidad efectiva del gobierno ruritano de oponerse a la decisión de la Comisión depende en último extremo del tamaño de su economía, de la credibilidad de los cursos de acción alternativos que pueda sugerir seguir en caso de que la Comisión insista en sus recomendaciones y una minoría cualificada de Estados Miembros apoyen a la Comisión. El derecho constitucional, y el derecho en general, no es una panacea. La creencia quasi-mística en el poder transformador del derecho es

una forma no especialmente benévola de fetichismo. Ningún argumento jurídico, por muy brillante que sea, puede transformar por sí mismo las estructuras de poder sociales y económicas. Dicho lo cual, lo que una teoría constitucional puede hacer (incluida, claro está, la teoría alternativa de la identidad constitucional) es movilizar la capacidad simbólica y motivadora del derecho. Lo que la concepción alternativa de la identidad constitucional ofrece pues no es una solución mágica, sino un marco argumentativo en el que un estado (especialmente varios estados de forma coordinada) pueden articular jurídicamente su decisión de no seguir las recomendaciones de la Comisión, poniendo en cuestión la «constitucionalidad» de las mismas, y aumentando marginalmente el poder efectivo de oponerse a tales medidas. De modo y manera, insisto, que el ámbito de lo políticamente posible no se vea cerrado por un pseudo-derecho constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Avbelj, Mathew y Komarek, Jan (Eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishers, Oxford, 2012.
- BESSELINK, Leonard, «National and Constitutional Identity before and after the Lisbon Treaty», *Utrecht Law Review*, vol. 6, 2010, pp. 36-49.
- FOSSUM, John Erik, y MENÉNDEZ, Agustín José, *The Constitution's Gift*, Lanham: Rowman and Littlefield, 2011.
- KUMM, Mattias, «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, vol. 11, 2005, pp. 262-307.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio, y MENÉNDEZ, Agustín José, *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- MENÉNDEZ, Agustín José, «Chartering Europe», *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, 2002, pp. 471-90.
- VAN DER SCHYFF, Gerhard, «The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU», *European Law Review*, vol. 37, 2012, pp. 563-583.
- WEATHERHILL, Stephen, «Free movement of goods», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, 2012, pp. 541-550.